419
41

POR BARTOLOME DAVILA RIOIA, POR

si, y como marido, y conjunta persona de Doña Ynes delos Reyes su muger.

CON

Los bienes de Fernando Arias de Saa uedra el moço, y sus hijos naturales, que pretenden ser Para que se confirme la sentencia de vista en esta causa, dada y pronunciada.

REpetita allegatio, & responsoria a la de las partes contrarias.

Los fundamentos de la pretension de don Fernando, y dõ Iuan de Saauedra, se reduzen a los siguientes.

POrque primo loco dizen, quod in illa acerrima cõtrouersia iuris, *Vtrum filij positi in conditione intelligantur vocati & positi in disspositione?* quando concurren coniecturas, censentur vocati, aunque solamente se hallen puestos en condicion: y que entonces cessa la dicha controuersia, y disputa.

Lo segundo, dizen, y pretenden, que enel caso presente de este pleyto se hallan, y concurren conjecturas, para que los hijos (de cuyo derecho se trata en este pleyto) aunque solamente puestos en condicion, se ayan de tener, y juzgar por llamados, y puestos en disposicion: y que de estas la primera conjectura es, quod si descendentes ab ascendentibus sint positi in conditione, vocati censeantur. Si veso transversales à trãsversalibus, minimè censeantur vocati.

Y dizen, que esta primera conjectura se aplica al caso presente, adonde los nietos de Fernando Arias el viejo, puestos en condicion, eran descendientes, puestos por su ascendiẽte.

Segunda

Segunda conjectura.

DIzen,que esta es, quod liberi in cōditione possiti videātur vocati,& per fideicommissum substituti,quādo testator digressus est ad plures gradus substitutionum,nam cum eos sæpius possuerit in conditione,videtur plurimum dilexisse;& quod ex eo ipsos etiam voluerit ponere inuocatione.

Y dizen, que esto procede en el caso de este pleyto, y que en el se halla esta circunstancia,y calidad.

Tercera conjectura.

DIzen,que todas las vezes,que el testador plures filios suos instituit, & eos invicem sustituit, *si sine liberis decesserint*: & post mortem omnium sine liberis alterum substituit, eo casu liberi, qui sunt possiti in conditione censentur possiti in dispositione,& vocati.

Y dizen, que esta cōjectura se aplica en terminos a la clausula del testamento de Fernando Arias de Saauedra el viejo, sobre que es este pleyto.

Quarta conjectura.

DIzen,que tambien es cōjectura probable,para que los hijos puestos en condicion,se tengan por substituydos quādo no pueden suceder abintestato al mismo instituydo:y que esta conjectura se amplia quando vna,cum nō successuris ab intestato in simul essent posſiti in conditione illi,qui possunt succedera abintestato.

Y pretenden, que tambien esta es aplicable, y quadrante al caso deste pleyto,adonde estan puestos en la condicion los hijos legitimos del instituydo,que eran sus successores abintestato,y tambien los illegitimos,que no lo eran.

Y vltimamēte dizen, que presupuesto que sean llamados don Iuan,y don Fernando a estos bienes, aunque su padre en su vida los enagenasse,o por su deuda se vendiessen,y rematassen (que es lo mismo) pueden reiuendicar estos bienes a los posseedores,iuxta l.3.§.sinautem, C. communia delegatis; y que

que esta es vna de las vtilidades que tienen los hijos, quando possiti in conditione censentur vocati, videlicet, que impleta conditione, vel substitutione, pueden vindicar los bienes, no obstante la enagenacion que dellos fue hecha.

Y responden a vno de los fundamentos de Bartolome Dauila, en quanto dize; *Que Hernando Arias el viejo instituydor, no pudo poner a sus hijos este grauamen en su legitima*, que esta es alegacion de derecho de tercero, que no le toca, y que està aueriguado, q̃ no eran hijos legitimos del dicho Hernando Arias el viejo, y que assi justamente les pudo poner el dicho grauamen.

Y a la reserva que por la sentencia de vista se le haze a los actores, dizen, que no se les deuio hazer contra los herederos de Pedro Charran, a cuyo pedimiento se mandaron vender los dichos bienes, dando fianças de estar a derecho, en razon de la contradicion que hizieron los dichos don Fernando, y don Iuan; Porque dizen, que los actores de este pleyto en vida de Fernãdo Arias de Saauedra el moço su padre, no podiã impedir la venta, y enagenacion de los dichos bienes; y que la fiança que se mandò diessen los herederos del dicho Pedro Charran, no les quitò el derecho que podian tener de reivẽdicar este cortijo, tierras, y tributos, y que mirò mas a seguridad de los dichos don Iuan, y don Fernando; si a caso (llegado el caso de su llamamiento) los tributos estuuiessen redimidos, o consumidos; vltra de que los dichos autos fuerõ dados en juyzio sumario, y que no pudieron causar perjuyzio a los actores.

Estos son los fundamentos, en que fundan los agrauios de la sentencia de vista; pero sin embargo dellos, se ha, y deue cõfirmar. Y para que la replica destas alegaciones con mas claridad muestre la justicia de Bartolome Dauila, la diuidimos en dos partes. En la primera pondremos la comprobaciõ de la sentencia, y doctrinas de derecho, en que se funda. Y en la segunda parte responderemos por menudo a las razones de dudar, y fundamentos que acabamos de proponer.

Prior pars.

AVnque es tan larga, y largamente disputada la question de liberis in conditione possitis, *Vtrum censeantur vocati,*

& positi in dispositione: toda via la opinió negatiua, que defendemos, es cierta, y verdadera, y bien fundada en principios, y doctrinas de derecho, y como tal recibida, y praticada, videlicet, quod liberi in conditione positi non censeantur positi in dispositione, glossa celebris, & magistra in l. lutius 85. ff. de hæred. instituend. quam mirabiliter extollit Aacius in repetitione legis cum avus. à num. 193. plures per Iosephum ibidem 4. part. cap. 13. num. 1. & in tractatu an, & quando liberi positi in conditione, vbi refert ducētos authores pro hac sententia; & testatur Menoch. cons. 1296. & iterũ lib. 4. præsumptionum præsumptione 76. & 89. num. 154. plures per Padillá in l. cum accutissimi, num. 46. C. de fideicommiss. Gomeciũ 1. tom. c. 5. nu. 42. Gabriel lib. 4. commun. tit. de fideicómiss. conclus. 2. à nu. 85. & conclus. 4. Clarus §. testamentum, q. 77. cum seqq. dominus Præsses Couarr. in c. rainuntius, §. 3. nu. 2. dominus Ludouicus de Molina, lib. 2. c. 6. nu. 1. Costa in c. si pater, verbo si absque liberis à num. 54. & 58. Trentacinquius de substitutionibus, 4. part. cap. 11. num. 20. Mantica de coniectur. lib. 10. tit. 7. n. 21. & lib. 11. tit. 2. Peregrinus de fideicommiss. art. 28. à principio, & consil. 52. à nu. 14. lib. 1. & lib. 6. variarum num. 143. Ant. Faber de cade. 26. errore 1. cum seqq. vbi cótrariam sententiam irridet, & Iureconsulto homine indignam reputat, Pater Molina disputatione 190. vers. dubium est. Caldas receptarum, q. 44. & sequenti, ex quibus omnibus planè elucet, quod non solum est verior, sed etiam magis communis, & communissima sententia; & quod procedit non solum respectu conditionis tacitæ, *si sine liberis*, de qua in dict. l. cum avus, sed etiam respectu conditionis expressæ.

Regula enim iuris est certissima, quod conditio non solet disponere, l. si quis sub conditione, ff. si quis omissa causa testamenti, l. ex facto 19. iuxta literã, ibi: *An hic seius ocupare possit vacantem portionẽ*, l. si quis ita hæres 82. ff. de hæred. instituéd. facit text optimus in l. filius familias 117. §. cum quis, ff. de legatis 1. & in l. exfacto. §. exfacto, ff. ad Trebellian. etenim si filij positi in conditione censerentur vocati, vtique illic cóncepti ante deportationem fiscum excluderent, quod tamen tex. ille negare videtur; facit etiam tex. in l. 1. C. de pactis cũ similibus relatis per Gomecium, d. n. 42. vbi octo huius verissimæ opinionis adducit fundamenta.

Neque

Neque obstat ratio, dict. legis cum accutissimi, C. de fidei commiss. ibi: *Ne videatur restator alienas successiones proprijs anteponere*: quia omissis alijs facile respondetur, quod ratio illa tota dirigitur iu eum ordinem, & finem, vt cėleatur sub intellecta conditio, *si sine liberis*, in quo maximam continet specialitatem, vndè cum circa hoc specialiter verificetur; & operetur, non debet ex inde aliud secundum, & maius speciale resultare, quod scilicet censeantur vocati ipsi liberi, contra vulgarem regulam, tex. in l. 1. C. de dotis promissione: vt cum iudicio considérat Trentacinquius, dict. 4. part. c. 11. num. 20. versic. ratione: ita quod hæc ratio tantum evincat exclusioné substituti: non autem inclusionem liberorum, & quod verbũ *anteponere*, verificetur in successione abintestato, observat Trétacinq. vbi proximè, num. 21. versic. hæc responsio.

QVod euidenter demonstratur, quia prædicta ratio illius, tex. refertur respectu grauati, non autem respectu testatoris; grauatus autem nunquam potest censeri vocasse liberos, cum nondum tempore testamenti testatoris dispossuisset ipse grauatus de bonus suis: neque tunc darentur liberi, de quibus invocatione agi posset; vndè merito vocati non cẽsentur, nec positi in dispositione, sed tantummodo in conditione; sentit Trentacinq. d. nu. 20. versic. & si dicatur, ita quod ad summum ratio illa tãtum evincere potest huiusmodi liberos abintestato esse admittendos, prout à commuter accidenti contingere solet, l. conficiuntur, ff. de iure codicillorum, vel etiam ex testamento, nisi ex hæredati proponantur, l. filius familias 117. §. cum quis de legatis 1.

Y de la misma manera se entiende verbum *prætulit* in l. lutius 85. ff. de hæred. instituend. secum glossam fin. ibidem, vt videlicet admittantur liberi abintestato, nõ vero ex testaméto: ac proinde testator eosdem prætulisse consetur abintestato quasi proximiores, iux. dict. l. conficiuntur, non tamen ex testamento quasi substitutos, vel fideicommissarios: tradit Gomecius, dict. 1. tom. cap. 5. num. 45. vers. primo pro hac sententia, dominus Præses d. §. 3. à nu. 2. Clarus §. testamentũ, q. 77. num. 1. Padilla in dict. l. cum accutissimi, num. 46. in fine. Peregrinus dict. art. 28. num. 13. & lib. 1. cons. 52. n. 24. Costa dict. verbo si absque liberis à num. 54.

QVod peremptoriè comprobatur, & in negabiliter per argumentum (vt aiunt) à sufficienti partium enumeratione: quia in d.l.Lutius, neque de directa substitutione liberorum agi potuit, cum deficiant verba, dict.l.ex facto 19. ff. de hæred. instituend. l. iubemus, C. eodem tit. Neque item de fideicommissaria, cum supponat tex. fratrem non adijsse hæreditatem, vt patet ex verbis, tex. ibi, *Si frater priusquam adiret decessisset*, quo casu fideicõmissaria substitutio etiam si daretur (quod negatur) vtique non posset habere effectum, l. ille à quo 13. §. si de testamento in fine, ff. ad Trebellian. considera Costa, vbi supra.

Nec similiter obstare potest, l. Gallus de liberis, & posthum, quam voluit expendere Corrasius secundo miscellanearum, cap. 19. nu. fin. Dominus Præses d. §. 3. num. 9. Responde tur enim facilimè ex illa Galli formula in vim conditionis concepta, ibi: *Si filius meus viuo me morietur*, non resultare institutioné ipsius filij, imò semper habilitas terminorũ supponenda est, scilicet, quod præcesserit institutio ipsius filij, quæ ex iure antiquo, non vero ex Galli consilio descédebat: aliàs esset testamentum nullum filio præterito, iuxta iuris regulas notissimas: & ita post glossam ibidem, verb. posset intelligit Alciatus ibidem, num. 37. idemmet Corrasius, nu. 7. Gobea 21. Sarmiento in §. in omnibus eiusdem legis, n. 1. Conanus lib. 10. c. 4. nu. 3. Forcatulus dialogo 9. nu. 3. Clarus dict, §. testamentum, q. 35. num. 3. Mantica de coniectur. lib. 4. tit. 1. num. 17. & 29. Faquineus lib. 4. cap. 76. Caldas receptarum, q. 44. n. 5. sentit non obscure, tex. in d. §. in omnibus facit, tex. in l. si quis eum 16. §. fin. ff. de vulgari.

Y de la misma manera, scilicet, supposita institutione filij præcedente (secundum Forcatulum, & Faquineum dictis locis) intelligi debet tex. in l. cum intestamẽto 37. ff. de hæred. institueđ. l. si mater 33. §. 1. l. potest 36. ff. de vulgari, quidquid minus aduertenter Bart. in d. l. Gallus num. 6. intelligat filiũ illic censeri vocatum abintestato, iuxta terminos tex. in l. si quis ita hæres 82. de hæred. instituend. quem sequitur dominus Præses dict. §. num. 9. Porque se conuence ex prædictis, & quia tex. in dict. l. si quis ita hæres procedit in legitimo hærede, quem tamẽ testator non tenebatur instituere, vt benè aduertit Faquineus, dict. cap. 76. Mantica de coniectur. lib. 4. tit.

1.num.21.Y de la mifma manera procede el tex.in l.3.§. fi libertus patronum,ff.de bonis libertorum,ibi: *Si filius meus viuo me morietur patronus hæres esto,non male videtur testatus*; quia fupponenda elt etiam habilitas terminorum, & filij inftitutio,vt cum iudicio aduertit Mantica,vbi proximè nu.28.aunque algunos pretendan que aquel texto procede, aunque no vuiera inftitucion del hijo, cum fupponatur fubftitutio patroni,ac per confequens hæredis abinteftato ipfi liberto,deficiẽte filio,& in vita patris defuncto:& fub intrare debeat regula tex.in l.pofthumus 12.verf.idem & circa,ff. de iniufto rupto: vi con fiderat Cofta in §.& quid fi tantum 1.p.num.81. Menchaca fucceſsionum creatione,§.20. num.105. Faquineus, d. cap.76.Forcatulus dialogo 10.n.2.& n. 3. de quo etiam Ant. Faber, lib.9.coniecturarum cap.16.& iterum de eade. 37. errore 5. Pichardus in principio inftituta de exhæredatione liberorum num.50. Ad quem modum,pienfan tambien los q̃ refiere Mantica,vbi proximè num. 17. poffe procedere textũ in d.l.Gallus, fed refelluntur, quia forma, & confilium Galli refpicit ius ciuile, non autem prætorium,vt patet ex eadem, l.Gallus,§.idem credendum in fine,ibi:*Succedendo rumpit*:hoc eft in totum, & etiam quo ad inftitutionem pro nepotis,neque fuftinetur teftamentum,licet veniens abinteftato propohatur inftitutus contra verficulum idem, & circa, quia Iureconfultus in d.§.idem credẽdum,agit de validitate teftamẽti attento iure ciuili,nõ vero iure prætorio nam de iure prætorio abfque forma, & confilio Galli valebat inftitutio pofthumi alieni, principio inftitutio de bonorũ poffefsione, vbi DD.tradit Conanus lib. 10.c.4.n. 4. Sarmiento in d. l. Gallus num. 19.Faquineus lib.10.c.41. & Faber lib.9. coniecturarũ, c.13.Cofta in c.fi pater,verb.inftituit nu.5.

Y finalmente no obfta,fi argute dicatur, quod fubftitutus liberis nonnatis præfertur ex teftamento quibufcũque alijs, vndè dicendum videtur, à fortiori, eofdem liberos omnibus effe præferendos, iuxta vulgarem regulam, *Si vincentem te, à fortiori, vinco te*,l.de acceſsionibus,ff.de diuerfis,& temporalibus iunctis, quæ latè refolvit Gabriel, lib. communium, tit. de fucceſsionibus abinteftato,concl.4.latè dominus Ioannes del Caftillo,lib.3.c. 30. quia tollitur cum prædicta regula nõ procedat,quando inter vtrumpue datur diuerfa ratio,tradunt

proximè citati vterque nu.3.planè ex prædictis patet dari diuersam rationem inter substitutum, & inter liberos positos in conditione; Et hæc de priori parte.

Posterior pars.

AVnque de lo dicho en la primera parte, y de los Autores que en ella quedan referidos, parece que se concluye, y ellos prueuan, que no es esta materia adonde se aya de atender a conjecturas; toda via diremos en particular de las que sine lege, & sine ratione concludente, algunos quisieron introducir, y por la parte cõtraria se an querido aplicar al caso presente.

Ad primam coniecturam.

SE responde facilmente con vna palabra, que no es cierta, ni verdadera, y no solo no ay texto que la prueve, antes en contrario textos que la repruevan, que es la l.cum avus. ff. de condition.& demonstration. y la caterva de Autores, que dexamos referidos: siendo assi, que es caso llano, y sin controuersia, que la disposicion de aquella ley, no procede, ni tiene lugar, sino en el ascendiente, que testa entre sus descendientes, y los graua, non vero in extraneo, in quo defficit ratio affectionis, & coniectura pietatis, tradit Socinus in d.l. cum avus, nu. 58. Padilla in d. l.cum accutissimi, nu.40. Greg. Lop. in l. 10.tit.4.part.6.gloss.verb. que muriesse: y assi Mantica, qui refert huiusmodi coniecturam primo loco de coniecturis vltimarum voluntat.lib. 11.tit.3.num.1.non figit pedes. Y lo contrario resuelven los Autores comunmente, tradit Ripa in l.cẽturio num.159.ff.de vulgari, quem refer, & sequitur Clarus in §.testamẽtum, q.79.nu.plures relati per Padillam in l. cũ accutissimi num 47. C.de fideicommiss.& deducitur ex l. 1. C. de pactis. in cuius specie ascendens testator proponitur, & tamẽ filij positi in conditione non censentur vocati.

Sin que sea de algun momento, ni peso la consideracion, y argumento, que Mantica haze en aquel lugar, videlicet, que en los ascendientes testadores, que grauan a sus descendientes frustratoria censeretur conditio, *si sine liberis* expræssa, cum

etiam

etiam si non exprimeretur, substitutus excludi deberet, ex tacita conditione dictæ legis cum avus, de condition. & demóstration. vndè vt expræssio aliquid operetur, debet induci vocatio liberorum. Porq̃ se respóde, y retuerce, quod imò expræssio illius, quod tacite inest, & sub intelligitur nihil operari debet, l. 3. ff. de legat. 1. cum vulgatis.

Y lo q̃ mas es en el caso presente, no se pudiera aplicar este argumento, porque don Iuan, y don Fernando pretendé, que su padre, y tios, hijos de Fernando Arias de Saavedra el viejo, eran hijos espurios, en los quales no tiene lugar la disposició de la l. cum avus, ni la subintelligencia de la condicion. *si sine liberis*, vt post Albericum, Socinum, & alios indubitatũ refert Greg. Lop. in d. l. 10. tit. 4. p. 6. verbo naturales ad finem. Atque ita, quod huiusmodi coniectura nullius sit ponderis, & momenti, definio el Senado de Saboya definitione 1. C. de fideicomiss. ibi: *Crebrior tamen, vt & verior nostrorũ sentẽtia est nec per fideicommissum quidem vocatos intelligi, tamet si sit ex descendentibus*. Et hæc de prima coniectura.

Ad secundam coniecturam.

SE responde, que no se aplica al caso presente, porque en el el testador non fuit digressus ad plures gradus substitutionum apponendo sæpius filios in códitione, para que de la multiplicada repeticion desta condicion, se induxesse disposició; porque para esto, y para esta multiplicacion era menester, q̃ dixera la clausula desta manera: *Instituygo a fulano, y si muriere sin hijos, restituyga, o substituygole a fulano, y si estos hijos murieren sin hijos, substituygole a otro*: y estos son los terminos adonde se llama testator digressus ad plures gradus substitutionum, & filios sæpè ponere in conditione ex qua multiplici posisione videatur dilexisse, & substituisse, cosa q̃ no quadra al caso presente, ni a las palabras de la clausula del testamento de Fernando Arias el viejo. Et hæc de secunda coniectura.

Ad tertiam coniecturam.

SE responde mucho mas facilmẽte, que como parece por el lugar de Mantica, d. tit. 3. nu. 13. esta cójectura es vanissima y sin substancia, y se deshaze por el mismo, porque tuuo por

Autor a Ancharrano, qui propriæ deserviens causæ, in qua cõsuluit, afectamente la pretendio introduzir, y q̃ se dize, q̃ esta fue opinion de Baldo en el consil. 86. vol. 2. y q̃ aunq̃ muchas vezes le buscò, nunca le pudo hallar; y que otro lugar adonde lo trata, q̃ es en la l. vnica. §. pro secundo n. 8. C. de caducis tollendis, nihil determinat: y assi en el versiculo, sed plerique, refiere infinitos Autores, que reprueyan a Ancharrano, y dizẽ, y confiessan no poder, ni dever ser su autoridad bastãte para introduzir vna cosa tan contra derecho, y para que no se alega ningun lugar, ni texto del, en que se pueda fundar. Et hæc de tertia coniectura.

Ad Quartam coniecturam.

SE respõde, q̃ ella en si es de la calidad de las demas, careciẽte de ley, ni razon que la concluya, y solo fundada en parecer de algunos, a quien reprueyan otros: y assi en semejãte autoridad no se puede hazer fundamento para decision de causa, como quiera que, ni el exemplo que a esta doctrina aplicã quadra al caso presente, q̃ es cõforme a los estatutos de Italia, por algunos de los quales està dispuesto: *Que si vuiere hijos varones, no puedan suceder las hembras abintestato*, que es cosa q̃ no quadra, ni se aplica al caso presente, ni a las leyes de Castilla, como quiera que las palabras de la clausula deste pleyto, que hazen mencion, y pone en cõdicion a los hijos bastardos, por ellas en Castilla se llaman los naturales, vt pulchrè aduertit dñs Præses de sponsalibus 2. p. c. 8. §. 4. n. 8. Y estos no son insucessibles abintestato, porq̃ suceden en las dos onzas. l. 8. tit. 13. p. 6. Y assi esta conjectura, aũque en si no tiene mucho fundamẽto, en el derecho tambien se cõvence, y retuerce en el hecho, por lo que acabamos de dezir. Et hæc de quarta, & vltima coniectura.

Y vltimamẽte causa menos perjuyzio lo q̃ dizen, q̃ vna de las vtilidades que tienẽ los hijos, quãdo son llamados, es que su padre no pueda en su vida enagenar los bienes, a q̃ son llamados; y esta proposicion no tiene ninguna duda, pero porq̃ supone vno, y propone otro: entra la regla, y principio vulgar, *Quod quecumque dispositio, quæ vnum disponit, & aliud supponit ad hoc vt habeat locum propositum, prius debet verificari suppositum*, gloss. singularis in l. mancipia, verb. advocandum, C. de servit

fugi-

fugitiuis,quã exornant plures relati à Gutierr.consſ.1.n.16.Salgado nouiſsimè de Regia protectione,2.tom.p.3.c.10.à n.51: planè d̃ præſuppoſito eſt tota diſputatio,& cõtrouerſia in hac materia,y en q̃ tenemos fũdado lo cõtrario delo q̃ ſe pretẽde.

Deinde,lo que dizen, q̃ la alegacion,y fundamẽto de Bartolome Dauila,en quanto dize, *Que Hernando Arias el viejo teſtador,no pudo poner eſte grauen de reſtitucion,aunq̃ quiſiera a ſus hijos en ſu legitima*:q̃ eſta es alegacion de derecho de tercero,y q̃ eſtà aueriguado,q̃ no eran ſus hijos legitimos;no tiene genero de fundamento:Porq̃ en quanto a la primera parte de eſta alegaciõ,eſta no lo es derecho de tercero,ſino de nulidad efectiua,& ipſo iure inducta,por la ley q̃ quita eſte grauamen de la legitima,y que ni por tranſcurſo de tiẽpo,por eſta cauſa es viſto el hijo conſentir en el,conforme a los derechos,y leyes de partida,que en ſu primera alegacion Bartolome Dauila, tiene referidas.

Ruiſus,porque eſta alegaciõ no la hizo en efecto, ſino Fernando Arias de Saauedra el moço,padre de los litigãtes, que contraxo deudas,y enagenò eſtos bienes,y por el ſe vendierõ para pagarlas:aun con la miſma ponderacion q̃ ſus hijos pretenden hazer,quod factum iudicis reputetur factum partis,l. ſi ob cauſam,C de euictionibus.

Y finalmẽte,porq̃ ad retinendum (como pretède Bartolome Dauila en los bienes deſte pleyto) ius tranſit in ſingularẽ ſucceſſorẽ, l.in hoc iudicio,§.impẽdia verſ.ſed is qui à me,ff. communi dibidundo,vbi caſſus vnicus,& perpetuo notãdus, vt dicit Romanus ſingulari 177.Socin.conſ.158.nu.28.vol.2. Boerius diciſ.44.n.14.Ripa in l.vbi purè,§.qui in diſtrahendis,n.3.ff.ad Trebell.

Y en quanto a la ſegunda parte deſta alegaciõ, es ſinieſtro en el hecho lo que ſuponen D.Iuã,y D.Fernando, porq̃ no ay tal probança,ni teſtigo que diga,*que ſu padre no fueſſe hijo legitimo de Hernando Arias de Saauedra el viejo*.y antes el miſmo cõfieſſa lo contrario,porque los inſtituye,y llama,*ſus hijos legitimos, y de Luyſa de Berrio ſu muger*. Y cõfirmaſe mucho, porque el dicho teſtamento fue otorgado antes de la diſpoſiciõ del ſagrado Concilio Tridentino,porq̃ ſe otorgò el año de 1552. y la promulgacion del Concilio fue el año de 1563.antes del qual auia,y valian los matrimonios ſin la diſpoſiciõ del c. 1.

de la

de la Sess. 24. de reformat. matrimon. q̃ despues sobrevino.

Y vltimamente, no causa perjuyzio lo que se opone cõtra la reserva de la sentencia de vista, porque ella està sumamente justificada, y no admite el sentido, o imaginacion, q̃ D. Iuan y D. Fernando su hermano pretenden dar a la fiãça, que se les mandò dar por los herederos de Pedro Charran al tiempo, y quãdo estos bienes se vendieron. Porque si biẽ es verdad, que el mandarse vender, fue por constar a los señores juezes, q̃ lo mãdaron del defecto de derecho de la pretensiõ de D. Fernãdo, y D. Iuan, q̃ entonces lo contradezian, tambien le mandaron dar la dicha fiança, para efecto de q̃ se contentassen con ella, y no pudiessen pedir cosa alguna al comprador, q̃ no auia de ser engañado con la publica autoridad, y recurriessen contra los dichos herederos, en fuerça de le fiança, que para este efecto les fue dada. Y assi no tienẽ, ni les cõpete otro derecho alguno, y deuen recurrir contra los dichos herederos: y otra cosa fuera multiplicar pleytos contra la intencion de los señores, q̃ mandaron dar la dicha fiança: pues es llano, que quãdo tuuieran derecho (q̃ no tienen) cõtra los cõpradores, y possee dores destos bienes, derechamẽte auia de ser cediendoles sus derechos y acciones, en virtud de la dicha fiança, cõtra los herederos del dicho Pedro Charran. Y assi en qualquier acõtecimiento para euitar este circuito, y pleytos, auiã, y deuiã pedir a los dichos herederos, como en la dicha reserva se contiene.

Y no es a el proposito el texto, q̃ se quiere alegar, diziẽdo, q̃ los dichos autos fueron dados en juyzio sumario, y q̃ no pudieron causar perjuyzio a los actores: Porque aquel texto habla en diferentes terminos, y no quando en el juyzio se procedio adelante, mandãdo vender los bienes libremente, y dando solamente en lugar de su pretẽsion a los cõtraditores, vna fiança contra diferente persona, que fue solo el derecho reseruado: y que a lo mas largo podian seguir los dichos Don Iuã, y Don Fernando.

Ex quibus, parece fundada la justicia de Bartolome Dauila, y auerse de confirmar la sentencia de vista, dada en su fauor. Salva, &c.

Fernando de Fonseca

125

licet ipse fidei commissus sit iudicandus cum sit odiosa qd restitutionis
l. Papinianus § sigs in pubere ff de inoff. tt° vbi gl.

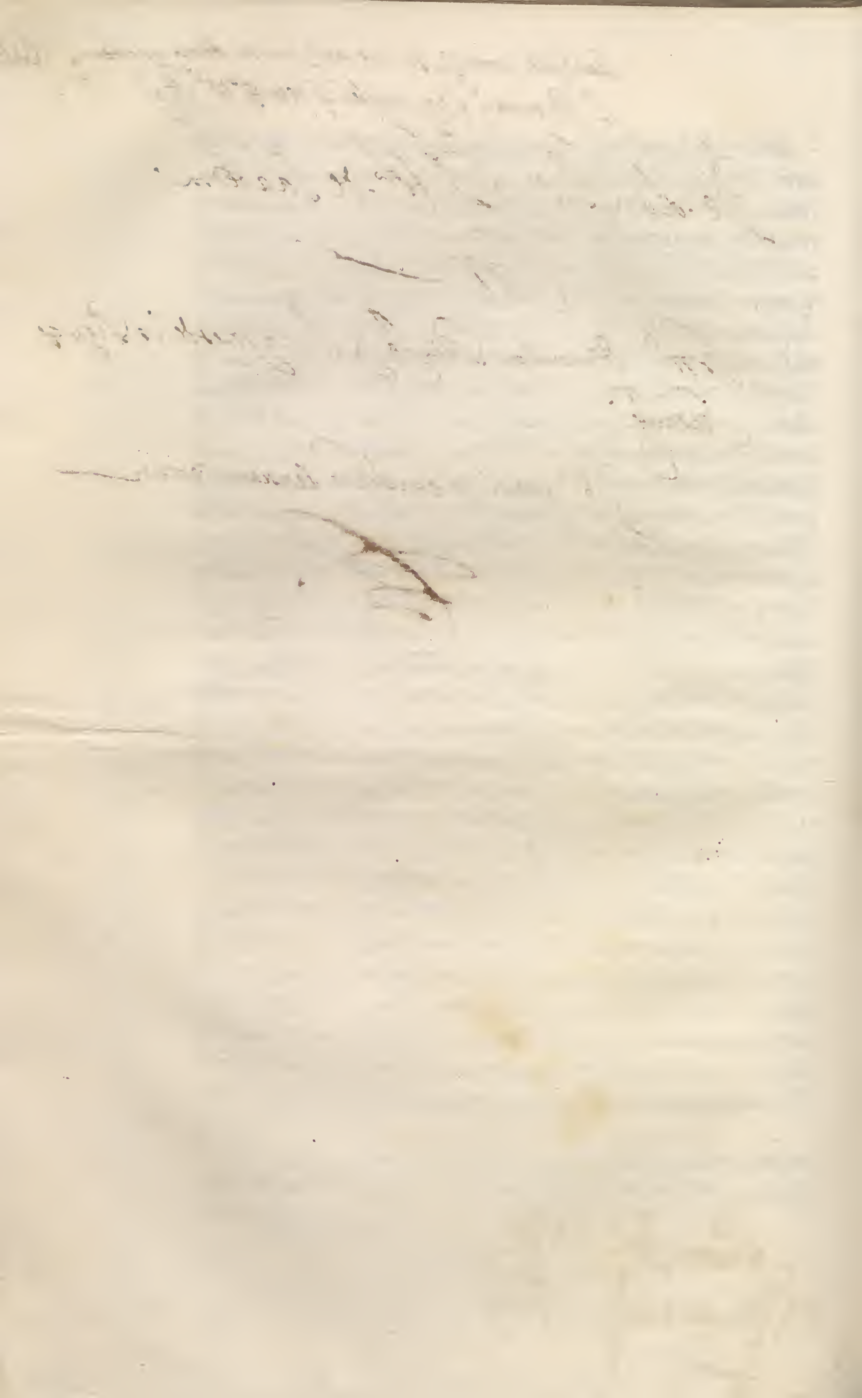
De don Ju° y D. frdo. de Saabedra

Con

Frm. de auila Rivadeneyra y don Aynes de los Reyes
Fuimus.

Sm posuit in eundi dictione censeantur vocati

[illegible]



estimo esta ocasion para traer a V. m. [illegible]
memoria quanto me precio de su m[erce]d [illegible]
y que desseo merecer el servicio de V. m.
Los [illegible] de Bornos se [illegible] porque [illegible]
dieron de d. Ant.o de la Cueva Maldonado [illegible]
terminos. Suplico a V. m. me haga m[erce]d de dar [illegible]
la gracia que la Just.a diere lugar [illegible]
le por propia y con esta confianca [illegible]
[illegible] asegurado de su valor de V. m. a [illegible]
[illegible] m[ucho]s largos años. [illegible]

[illegible]

fueri in conditioe positi an vocantur ex fidei comissi substituti, et sepius sepius ... Rubeus ... de filiis positis
... et vocati negatiuam tenem. afirmatiuam veriore et equiore dicep.
... lib. 6. c 2. Vincentius fusarius ... de fidei comiss. subst. q 437 ... cons. 95 vol. 3
Mant. de coni. ult. lib. 11. tit 2. et infiniti quitant. Menoch. cons. 647 n 6
Peregrin. de fidei comi ... et cons. 52 n 14 Molin. lib. 1 de hisp. p 106
... desuchu p 4 ... n 20
... dec. 162

... tenendo partem negatiuam cum aliqua ex verisimili
coniectura mentis defunti induuntur dispositi. ... l. cum ponere
66 bart. de leg. 2 ... qua talis mens deducitur ex ...
... l. quam cum filius ff de haered. inst.
... licet indubitabile sit vocandos ... fidei comissi cum sit ...
... ... l. ... ff ... et gl.
attamen ... vestitur favor agnationis vel descendentium ... successione ... ponderat
... realem ... causa
... et prima que aparet ... ex illectu communiter
... recepto ex l. ... et b gl. antepenult. ff de haered.
... inst. vt docet consultus filios institutum ... subs
... tituti ... in conditioe; quam sententia declarat ... b
... filiis succedunt alias ab intestato, # ... succedentes ...
... ab intestato ... vocati + ppr natura simul et
... proximos
... voto quia magis dilectos vocasse vr
... et testator fuisset de hoc interrogatus
respondisset q. eent vocati: vt conseruarentur in agnatione
... cum bona et n. alienarentur magis in ... nepotes quamalios
... siendo estos meus bastardos sabiendo que no le ...
... de nabincastar. mencionandolos en la condicion ...
... in l. cum vocati ... ... debet operari l. ... de leg. 1.
... 2. ... ab ascendentibus ... in condicione
... vocati ... extranei ~~...~~
~~... siendo de la familia ...~~
~~... la misma ...~~
... l. ... ~~...~~
certum est n. ... descendentes fuisse positi in cond ...
... vocati